



商业贿赂犯罪立法新论

杨志琼

2006年是商业贿赂犯罪备受国民关注的一年。刑法学界对商业贿赂犯罪也进行了广泛而深入的研究，但整体研究效果与社会现实需求之间还存在一定差距。究其原因，是学者们习惯于在各自不同的语境下来研究商业贿赂犯罪的相关问题，因而未能提出有关商业贿赂犯罪的共性理论和具有说服力的解决方案。笔者认为，从刑法学的角度对商业贿赂犯罪进行研究，当务之急是要解决两个问题：一是从应然层面讲，对什么是商业贿赂犯罪做出合理界定，使其既符合我国的社会现实，又能与国际社会接轨，为解决商业贿赂犯罪的相关问题提供一个共同的理论平台。二是从实然层面讲，在对商业贿赂犯罪进行合理界定后，必须考察我国刑法分则的贿赂犯罪条款能否满足对商业贿赂犯罪定罪量刑的需要，也即需要对商业贿赂犯罪与刑法分则中规定的贿赂犯罪进行分析比较。为此，必须打破长期以来，刑法学界在研究路径上过分地专注于对刑法条文的注解研究、关注刑法典篇章结构的做法，而应同时重视对概念刑法学的研究。[①]所谓名不正，则言不顺，概念是注解的前提，只有概念明确才能使注解无误。因此，笔者主张研究商业贿赂犯罪时，不应简单的试图通过对刑法条文的归纳演绎来获得结论，而应先对商业贿赂犯罪的概念做出合理界定，明确商业贿赂犯罪的本质，然后以此来审视现存立法，才能以清醒的头脑获得有意义的见地。

一、商业贿赂犯罪概念论争

从目前有关商业贿赂犯罪概念的争议来看，主要存在以下几种代表性的观点：第一种观点是从广义上进行界定，认为商业贿赂犯罪是指发生在商业活动或者商业交易中的行贿与受贿行为，在外延上包括了我国刑法中有关贿赂犯罪的所有罪名，即刑法分则第八章385条至393条规定的受贿罪、行贿罪、单位受贿罪、单位行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪以及刑法分则第三章163条规定的公司、企业或者其他单位工作人员受贿罪和第164条对公司、企业或者其他单位工作人员行贿罪。[1]持这种观点的人一般认为，我国刑法有关商业贿赂犯罪的规定已经相当完备，比较现实的问题是如何解释、适用好现有的反商业贿赂法律。[2]与此相适应的司法解释也在有关人士的千呼万唤中即将出台，如最高人民检察院法律政策研究室和反贪总局共同研究起草了“关于办理商业贿赂刑事案件具体适用法律若干问题的意见”，试

图以该解释一劳永逸的解决治理商业贿赂犯罪的种种难题。

第二种观点是从狭义上进行界定，认为商业贿赂犯罪是指刑法分则第163条的公司、企业或者其他单位人员受贿罪以及第164条的对公司、企业或者其他单位人员行贿罪。这种看法恐怕要来源于最高人民法院在1995年12月25日发布的《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》，该解释将公司和其他企业的董事、监事、职工的受贿行为规定为商业受贿罪。此后，我国不少学者也沿用此说，将新刑法第163条称为商业受贿罪、第164条称为商业行贿罪，进而认为我国刑法是以犯罪主体为标准将商业受贿罪与受贿罪区别开来。^[3]应该承认，这种看法是将受贿主体的性质与所有制形式挂钩，带“国字号”的人受贿在，属于受贿罪；而非带“国字号”的人受贿的，属于公司、企业或者其他单位人员受贿罪。然而，从目前的司法实践看，商业贿赂犯罪并非只包括公司、企业或者其他单位的工作人员的贿赂犯罪，它重点惩治的反而是国家工作人员在商业领域的贿赂行为。因此，这种狭义的商业贿赂犯罪概念显然不合时宜，有待改进。

第三种观点是近来有关商业贿赂犯罪的看法，指相对于公务贿赂犯罪而言，在市场交易过程中发生的以社会权力寻租与租用为本质而与公共权力的寻租与租用并无直接关系的贿赂犯罪。二者的区别在于贿赂发生时所利用的职权性质不同，即商业贿赂犯罪中受贿者所利用的是社会权力；而公务贿赂犯罪中受贿者所利用的职权是公共权力。^[4]这种观点虽然没有确定商业贿赂犯罪的应有范围，但与上述两种观点不同的是依钱权交易性质的不同，将商业贿赂犯罪作为与公务贿赂犯罪并列的类罪，打破了长期以来我国刑法依主体的不同将贿赂犯罪分为与国家工作人员有关的贿赂犯罪和与公司、企业人员有关的贿赂犯罪的习惯做法。这与国家工作人员的确定标准由“身份论”转向“公务论”是一脉相承的。然而，要彻底突破原有的理论窠臼和思维惯性，新的立法势在必行——在刑法分则中专设“商业贿赂犯罪”条款，与发生于官场的公务贿赂犯罪相对应。

从以上有关商业贿赂犯罪的概念的争议来看，主要的问题集中于以下几点：第一，有没有必要在刑法中承认商业贿赂犯罪概念？如果认为我国现行刑法有关贿赂犯罪的规定已经相当完备，能够很好的惩治各种形式的贿赂犯罪，则无需在刑法中讨论商业贿赂这一时髦话题；如果认为商业贿赂犯罪是具有独立品格的类罪，那么它将是我国刑法无法回避的问题，对其解决宜早不宜迟。第二，如果在刑法中承认商业贿赂犯罪，则其归属成为问题，即商业贿赂犯罪与刑法第163条、第164条以及刑法第385条至第393条之间到底是什么关系？是种属包含关系，还是并列关系？上述第一种观点认为商业贿赂犯罪包括了第385条至第393条的规定；而第三种观点认为商业贿赂犯罪与第385条至第393条是并列关系。第三，商业贿赂犯罪有没有独立成罪的必要？或者说商业贿赂犯罪到底是个立法问题还是个司法解释问题？如果采用了上述第一种观点，认为商业贿赂犯罪包含了刑法第163条、第164条以及刑法第385条至第393条的规定，则只需根据现有法律对其适用做出合理的司法解释；如果采用上述第三种观点，则需要对商业贿赂犯罪进行新的立法，以在刑法分则中明确确立其地位，为打击商业贿赂犯罪提供刑法基础。第四，商业贿赂犯罪与公务贿赂犯罪如何区分？如果采用第二种观点，则应以主体性质为标准来区分；如果采用第三种观点，则应以钱权交易中所利用的职权

性质为标准。面对商业贿赂犯罪这些剪不断理还乱的问题，“只有超脱于法条的罪状规定而对生活中犯罪现象的诸要素进行系统的研究，才有可能使在诸要素基础上抽象出的概念的内涵和外延精密化，从而为建立科学完善的犯罪认识体系提供坚实的理论基础。”^[5]的确，只有对商业贿赂犯罪的概念进行界定后，才能为解决种种纷争提供一个共同的理论平台。

二、商业贿赂犯罪概念界定

要正确的界定商业贿赂犯罪的概念，首先，必须立足于商业贿赂的本质特征。贿赂有多种存在形式，如政治领域的贿赂、文化领域的贿赂，而商业贿赂反映的则是商业领域或者商业往来中的贿赂，这是它与其他形式的贿赂的本质区别。其次，要立足于立法目的。无论是《反不正当竞争法》还是《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》都是从反不正当竞争的角度对商业贿赂进行规定，目的是禁止商业领域或商业活动中的不正当竞争行为，因此，对商业贿赂犯罪概念的界定应以此为基础，而不能随意扩大或缩小其范围。再次，要立足于立法规定。既然我国《反不正当竞争法》与《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》都对商业贿赂的概念和法律责任做出了明确规定，它就不仅是理论层面的问题，而且是具有法律后果的行为。^[6]刑法要为打击商业贿赂犯罪提供法律基础，它就不能仅仅只是犯罪学上的某类犯罪概念，更应是刑法上独立的犯罪概念。因此，笔者拟就以上几点为基础，对商业贿赂犯罪做出界定。

从基本词义看，“商业贿赂”是由“商业”和“贿赂”组成的复合词。这里的“商业”作为定语，是“商业性”的意思，它决定了“商业贿赂”的本质特征不同于其他形式的贿赂。一般认为，“商业性”是指发生于商业领域或商业往来中，以谋取商业利润为目的的行为。^[7]通说也认为商业贿赂行为是发生在商业交易或商业活动中的行贿与受贿行为，这是没有争议的。这里，需要对商业交易或商业活动做出进一步界定。根据德国的《反不正当竞争法》的有关规定，^[②]“商业交易”是相对于纯粹私人性质的行为以及国家行使公权的行为而言，因此包括任何一项独立的、追求经济目的的活动，包括所有企业性质的行为以及自由职业者的行为。德国理论界的通说也认为一项商业交易性质的活动应具备以下要件：1、独立性，是指行为人是企业的名义独立的参与市场交易的，而不是以（商人）自己的名义实施的私人性质的行为。例如，一个商人在纯私人场合发表的有损其竞争对手的言论，原则上就不是一项商业交易性质的行为。2、对外性，是指有关行为对交易中的其他人来说是可识别的。企业内部的行为，如上下级领导与雇员之间有关企业行政管理的事项等，不属于商业交易性质的行为。3、营利性，是指行为人必须是为了获得利润或者至少要具备这样的意图。因此，可以认为，经营者从事的行为，除纯属私人性质外，都可推定为商业交易性质的行为；国家机构从事的行为，除纯属公权性质的、官方的管理行为外，也可以推定为具有商业交易的性质。^[8]商业贿赂行为就是发生在这些商业交易中的行贿受贿行为。因而可以认为，具有商业交易的性质，是商业贿赂行为的本质特征，也是商业贿赂区别于其他形式贿赂的重要标准。

在对商业贿赂进行界定后，笔者认为，商业贿赂犯罪是指发生在商业交易过程中，一方为了经济目的而给予对方的经营者以钱财，另一方经营者利用自己的职权为行为人谋取不正

当利益而索取或收受钱财，情节严重的行为。前者是商业行贿罪，后者是商业受贿罪，二者统称为商业贿赂犯罪。它具有以下特点：1、商业贿赂犯罪是直接故意犯罪，行贿方的主观目的是为了获取经济利益，既包括现实的经济利益，也包括通过不正当竞争可能获得的交易机会。如果行贿方不是为了谋取经济利益，而是其他利益，如职务升迁、升学就业、办理户口、人事调动等，则不属于商业贿赂；受贿方的目的则是获取贿赂。2、商业贿赂犯罪的行贿主体只能是经营者。如果行贿主体不是经营者，即使行贿目的是为了经济利益，也不属于商业贿赂。如地方政府为了争取建设项目和资金向上级部门行贿，其目的是为了地方经济利益，但作为政府行为也不能视为商业贿赂。3、贿赂行为必须发生在商业领域或商业交易过程中。有些贿赂行为的行贿方是经营者，主观目的也是为了经济利益，如一些企业为了打赢经济官司而向司法人员行贿的，由于行为不是发生在商业交易中，因而不属于商业贿赂。4、商业贿赂犯罪是法定犯，所违反的只能是《反不正当竞争法》，其本质是对公平的市场竞争秩序的侵犯。同现行刑法按照主体标准来区分与国家工作人员有关的贿赂犯罪和与公司、企业人员有关的贿赂犯罪不同，是否属于商业贿赂犯罪，应根据行贿主体、目的及其发生的领域来判断。^[9]可见，商业贿赂犯罪是具有独特品格的类罪，应该在我国刑法中明确其地位。台湾学者林山田也将商业贿赂犯罪归入竞业刑法中，认为其“将足以破坏自由竞业之公平原则，并败坏经济伦理，故此等经济贿赂行为实有加以犯罪化之必要。”^[10]

通过对商业贿赂犯罪进行界定，我们可以肯定，能进入商业交易领域的市场主体主要是公司、企业或其他单位，既包括国有的，也包括非国有的。关键是看这些市场主体所从事的活动是否具有商业交易的性质，以及他们是否作为平等的民事主体，通过在商业活动中以交换给付和对待给付的方式来履行其根本任务。因此，刑法中的商业贿赂犯罪既包括与公司、企业或者其他单位人员有关的贿赂行为，也应包括部分国家工作人员的在市场交易中的贿赂行为。以此为基础，我们可以发现，我国司法实践将大量原本不具备商业贿赂性质的行为当作商业贿赂犯罪处理，将反商业贿赂当作政治层面的反公务贿赂乃至反腐败的一部分，在本质上混淆了两种不同性质的贿赂犯罪，是刑事政策上的误导，有必要加以纠正。从这个意义上讲，广义的商业贿赂犯罪概念不适当的扩大了商业贿赂犯罪的成立范围，将部分不属于商业贿赂犯罪的国家工作人员的贿赂行为包括进来。其背后体现的是司法机关将治理“商业贿赂犯罪”的刑事政策等同于治理“商业贿赂”的社会政策，是从犯罪学甚至社会学的角度对发生在商业领域的贿赂行为的一种现象描述，忽视了刑法对社会行为应有的甄别功能与定罪量刑作用，因而没有从本质上解决问题。狭义的商业贿赂犯罪概念又不适当的缩小了商业贿赂犯罪的范围，将很多本质上属于商业贿赂犯罪的国家工作人员的贿赂行为排除在外，因而不能满足我国目前打击商业贿赂犯罪的情势需要。应该看到，刑法根据主体的性质区别各种不同的受贿行为与行贿行为的做法，带有很深的“身份刑法”的烙印。国有公司、企业应平等的参与市场经济活动，是市场经济发展的必然趋势；刑法对于这部分国有公司、企业在市场竞争中的经济犯罪应与非国有的公司、企业同等处罚，也是我国刑法的基本原则。而我国刑法却迟迟回避这一问题，与其说是立法上的滞后，不如说是立法上的保守，是我国社会转型期政治保守化在刑法中的体现。上述第三种有关商业贿赂犯罪的观点，虽然具有一定的合

理性，但还必须结合我国刑法分则相关条文作进一步说明，后文将详细论述。

三、商业贿赂犯罪之界限

在对商业贿赂犯罪的概念进行讨论后，还必须探寻刑法中与之相关的其他规定，才能更加深入的理解商业贿赂犯罪。从哲学上讲，一事物之所以成为它自己，在于其自身的本质特征，并由此决定了它与其他事物的关系，而非它与其他事物的关系决定了其自身的本质特征。我国学者有关商业贿赂犯罪的研究正因为方法论上本末倒置，才无法跳出刑法的条条框框得出正确的结论。笔者认为，商业贿赂犯罪的上述特征，决定了它应当作为一种独立的犯罪在我国刑法中存在，与刑法分则第163条、164条以及第385条至393条之间存在一定的区别与联系，是一种交叉包容关系。

（一）商业贿赂犯罪与刑法第163条、第164条之规定

我国1997年刑法分则第163条规定的是公司、企业人员受贿罪，第164条规定的是对公司、企业人员行贿罪，二者是以公司、企业人员为中心而设置的刑法条款，可以统称为与公司企业人员有关的贿赂犯罪。从当时刑法第163条和第164条的来源看，它们是从1995年的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》演化而来，是为了弥补我国《公司法》中有关受贿主体刑事责任条款过于笼统而无法具体适用的不足，为追究公司企业的董事、监事及其他职工的刑事责任提供刑法基础。^[11]因此新刑法将其归属到我国刑法分则的“妨害公司企业管理秩序罪”中，认为其客体是公司企业的管理秩序或者是公司、企业人员职务行为的廉洁性都是合适的。而通说认为商业贿赂犯罪是一种经济犯罪，发生于商业交易领域，它首先侵犯的客体是公平的市场竞争秩序。客体的不同，决定了二者本质的不同以及适用上的差异。

1、侵害法益的内容不同

通说认为刑法第163条、第164条的主要客体是公司、企业的管理秩序。这种管理秩序包括内部的管理秩序和外部的管理秩序。实践中，公司、企业的工作人员对内部管理秩序的侵犯并没有损害到公平的市场竞争秩序，只有对外部管理秩序的侵犯才有可能损害公平的市场竞争秩序。可见，相对于公司、企业的管理秩序而言，公平的市场竞争秩序并不是刑法第163条、第164条的主要客体，只是随机客体。^[③]随机客体并非犯罪构成必备要件，而是选择性要件，可能出现也可能不出现。具体说来，刑法第163条、第164条不仅包括公司、企业或者其他单位的工作人员对外参与市场交易时侵犯公平的市场竞争秩序的行贿受贿行为，而且也包括公司、企业或者其他单位内部员工之间为了谋取其他不正当利益的行贿受贿行为，如下级员工为了职位升迁而贿赂上级主管人员的行为。因此，刑法第163条、第164条所包括的贿赂犯罪并不限于商业贿赂犯罪，还可能包括其他形式的贿赂犯罪。

2、承担义务的主体不同

由于刑法规范具有行为规范的特点，一经制定行为人就具有不得实施该行为以保护一定法益的义务。具体说来，对公司、企业承担管理秩序维护之义务主体与承担维护商品交易秩序之义务主体的范围是不同的。前者主要是指刑法第163条、第164条所规定的非国有公司、企业或者其他单位的工作人员，而后者则包括所有参与经济活动的市场主体，既包括非国有公

司、企业或者其他单位的工作人员，也包括部分国有的公司、企业或者其他单位的工作人员。如果仅按照刑法第163条、第164条的规定，则无法对这部分国有的公司、企业或者其他单位的工作人员的商业贿赂行为进行处罚，这显然不合时宜。

可见，刑法第163条、第164条与商业贿赂犯罪之间是一种交叉的集合关系，二者只有部分是共同的。因此，以163条、164条为刑法依据来打击商业贿赂犯罪，并没有触及到商业贿赂犯罪的本质，只是隔靴搔痒，无论在深度还是在广度上都是有限的。这说明了采取狭义的商业贿赂犯罪概念，将其直接等同于刑法第163条、第164条是不合适的。

（二）商业贿赂犯罪与刑法第385条至第393条之规定

我国刑法分则第八章第385条至第393条规定了受贿罪、行贿罪、单位受贿罪、单位行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪，这六者是以国家工作人员为中心而设置的一系列条款，可以统称为与国家工作人员有关的贿赂犯罪。我国不少学者将第385条至第393条之规定直接称为公务贿赂犯罪或者公职贿赂犯罪，并且认为它是与商业贿赂犯罪相对应的犯罪。前者是公共权力寻租与租用的结果，后者是社会权力寻租与租用的结果。^[12]笔者认为，这种看法并不合适。

从我国刑法第93条的规定来看，国家工作人员包括“国家机关工作人员”和“以国家工作人员论”的国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体中从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员。相应的，理论上通说也认为国家工作人员的确定标准是“公务论”。那么，这些国家工作人员的行为是否都具有“公务”性质呢？对于“国家机关工作人员”而言，其行为具有“公务”性质是没有争议的。而对于其他“以国家工作人员论”的人而言，则存在疑问。在改革前的计划经济体制下，党政、政企、政事高度合一，国有的公司、企业、事业单位的工作人员，在身份上是国家干部，在职能上，是代表国家管理一定的事务，即从事公务。因此，对其执行公务过程中发生的贿赂行为，认定为公职贿赂犯罪具有合理的经济、政治制度基础。而在改革后，这种合理的经济、政治制度基础已不复存在，尤其是随着现代干部管理制度的建立，国有企事业单位均不再直接体现国家行政管理职能，其工作人员的行为也很难说具有“公务”性质。^[13]应看到，国有公司、企业作为平等的市场主体参与市场竞争，其为了追求经济利益的经营活动在本质上是行使的社会权力，而非为了公共利益的公共权力。因此，在我国目前的政治经济体制下，国家工作人员的行为并非都具有“公务”性质，对其中发生的贿赂犯罪，也不能一概认定为“公职贿赂犯罪”或“公务贿赂犯罪”。

详细而言，国家工作人员在纯粹执行公务时利用公共权力受贿的，应认定为受贿罪，相应的行贿行为应认定为行贿罪，这才是真正意义上的公职贿赂犯罪。除此之外，国家工作人员（如国有公司、企业、事业单位的工作人员）在市场经济中为追求经济目的而行使社会权力的行为，因为具有商业交易的性质，对其中的受贿行为应认定为商业受贿罪，相应的行贿行为应认定为商业行贿罪，这才是真正意义上的商业贿赂犯罪。如刑法第385条第二款规定的

“国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费的，归个人所有的……”和与之对应的行贿行为。推而广之，刑法第385条至第393条之规定既包含了公务贿赂犯罪，也包含了商业贿赂犯罪。商业贿赂犯罪与刑法第385条至第393条之间存在一定的交叉重合部分，由此决定了它们之间不可能是非此即彼的对立范畴。

上述结论的现实意义还在于，目前不少国有公司、企业、事业单位因为历史原因，还拥有其他非国有公司、企业所没有的垄断地位和竞争优势，他们的竞争行为更容易侵犯公平的市场竞争秩序，因而是商业贿赂犯罪不可忽视的规制对象。这也与目前中央治理“商业贿赂”时，着重处罚国家工作人员在商品购销、工程建设、资源开发、金融服务等领域的贿赂行为这一理念相吻合。但是，目前司法实践的普遍做法却是将大量国有公司、企业工作人员的这些商业贿赂行为以“受贿罪”定罪，这种张冠李戴的做法其实是刑法分则缺乏商业贿赂犯罪的罪名条款的无奈之举。因此，要厘清我国当前贿赂犯罪体系的混乱局面，不能仅仅寄希望于一两个司法解释，而应尽早对商业贿赂犯罪进行单独立法。

四、商业贿赂犯罪的单独立法

与司法实践对商业贿赂犯罪展开高歌猛进式打击相反的是，商业贿赂犯罪作为具有独立品格和实际意义的类罪，在我国刑法中并没有被系统明确的规定，而是分散在其他罪名之下，处于一种似立非立的尴尬境地。名不正，则言不顺。刑法要为打击商业贿赂犯罪提供坚实的法律基础，就必须承认其在我国刑法中的一席之地，在刑法分则中设立专门的商业贿赂犯罪条款。这里主要谈谈商业贿赂犯罪的存在范围和体系地位。

（一）商业贿赂犯罪的存在范围

由前述可知，刑法第163条、第164条并没有完全反映商业贿赂犯罪的实质，刑法第385条至第393条又没有真正区分商业贿赂犯罪和公务贿赂犯罪，它们都只涉及到了商业贿赂犯罪的一部分。其后果是不同性质的犯罪被规定在同一罪名中、相同性质的犯罪又被规定在不同罪名中的混乱局面，不利于刑事立法的统一和刑事司法的适用。因此，笔者认为，应以务实的态度，基于商业贿赂犯罪的特有内涵，将现行刑法中体系上从属于刑法第163条、第164条和刑法第385条至393条的商业贿赂行为从中分离出来，归入商业贿赂犯罪中来，从而形成有关商业贿赂犯罪的完整体系，并在刑法中专条立法。

1、刑法第163条和第164条中涉及的商业贿赂行为

这里是指刑法第163条、第164条所包括的非国有公司、企业或者其他单位工作人员的商业贿赂行为。公司、企业作为独立的市场主体，其工作人员的职务活动涉及到公司、企业运行的方方面面，包括公司、企业对内的管理行为，如人事调动、行政管理等；也包括公司、企业对外参与市场竞争的经济行为，如商品购销等。与公司、企业或者其他单位的工作人员有关的贿赂行为可能发生在这些对内对外活动中，但并非都构成商业贿赂犯罪。从笔者前述的有关商业贿赂犯罪的性质来看，公司、企业的内部管理行为中所发生的贿赂行为，不具有商业交易的性质，因而不构成商业贿赂犯罪。只有公司、企业作为市场主体对外参与市场竞争，侵害公平的市场竞争秩序的贿赂行为才可能构成商业贿赂犯罪，如刑法第163条第二款

“公司、企业的工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的……”和与之相对应的行贿行为。更确切的说，商业贿赂犯罪主要包括的是这部分非国有的公司、企业或者其他单位的工作人员在市场竞争中的贿赂行为。因为非国有的公司、企业是市场经济中最重要最活跃的主体，“经济人”对商业利润的追求是其内在的价值根基，往往不惜铤而走险，采取各种不正当的竞争手段；而且相对于国有公司、企业而言，非国有的公司、企业或者其他单位更具有不规范性以及盲目性、投机性，缺乏监督机制和法律约束，因而更容易突破种种法律防线。这些都使得非国有的公司、企业或者其他单位的工作人员在商业交易中的种种不正当竞争行为都可能成为商业贿赂犯罪的“重灾区”，因而是法律规制的主要对象。

2、刑法第385条至第393条中涉及的商业贿赂行为

“当人们形构和界定法律概念之时，他们通常考虑的是那些能够说明某个特定概念的最为典型的情形，而不会严肃考虑那些难以确定的两可情形。”^[14]认为商业贿赂犯罪应包括刑法第163条、第164条这些典型的市场经济主体的贿赂犯罪是没有争议的，但对于应否包括国有公司、企业或者其他单位工作人员的贿赂犯罪则存在争议。关于国家工作人员的贿赂行为到底该如何定罪，存在“公务论”与“身份论”的争议。从目前的争议看，“公务论”似乎得到了越来越多学者的认可。这也从另一个方面说明了同样具有国家工作人员这一“身份”，但如果从事的不是“公务”，也可能构成商业贿赂犯罪，而非一概以公务贿赂犯罪论处。详细而言：对于在行使公共权力过程中的受贿行为，如国家机关工作人员的受贿行为，应以受贿罪论处。而对于在国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事的“公务”，则应区别对待：对于那些垄断性的国有独资企业、国有公用企业、管理性事业单位（如中国人民银行领导下的“银监会”、“证监会”、“保监会”等）以及政治性极强的人民团体才真正属于是从事“公务”、行使公共权力；而对于竞争性的国有公司、企业、事业单位则一般不属于从事“公务”，行使的是社会权力，提供是营利性的社会服务。由此可见，同属国有公司、企业、事业单位，行使权力的实质却并不相同，对于前一种国有单位中从事公务的人员受贿的，应以公务受贿罪论处；对于后一种国有单位中受贿的人员，则应以商业受贿罪论处。^[15]而我国刑法第八章有关受贿罪的规定，对两者不加区分，一律以公务受贿罪加以处罚，反应了立法思想上的保守。应该看到，现代社会的商业活动遍及社会生活的各个方面，国家工作人员作为民事主体在商业交易中收受贿赂的行为也时有发生，将商业领域发生的国家工作人员的贿赂犯罪归属于商业贿赂犯罪，既符合我国的实际情况，也有利于从整体上加强对商业贿赂犯罪的治理。

（二）商业贿赂犯罪体系地位的确立

同时，对商业贿赂犯罪在我国刑法分则中所处的体系地位也应有所认识。我国刑法分则是根据犯罪同类客体的原理对犯罪进行分类的，是某罪的客体决定了该罪在刑法分则中应处的体系地位，而不是其所处的体系地位决定了该罪的客体。有鉴于商业贿赂犯罪所侵犯的客体是公平市场竞争秩序，应将其归属于刑法分则第十章“扰乱市场秩序罪”，因为分则第十章的同类客体是正常的市场秩序，即市场主体在进入市场、参与交易、进行市场竞争时必须

遵循的经济准则和由此形成的有序状态，包括了公平的市场竞争秩序。^[16]此外，我国《反不正当竞争法》所列举的11种不正当竞争行为中包括了商业贿赂行为、虚假广告行为、商业诽谤行为和串通投标行为。刑法作为其他法律的保护法，对严重违反《反不正当竞争法》的行为应加以处罚。因此，在分则第十章的“扰乱市场秩序罪”中包括了虚假广告罪、损害商业信誉、商品声誉罪和串通投标罪。而商业贿赂犯罪和它们在本质上有共同之处，都侵害了公平的市场竞争秩序，严重违反了《反不正当竞争法》应受刑法处罚，因此将商业贿赂犯罪和它们规定在刑法分则的同一章节中才更为合理。

结语

刑法是规范学，必须对作为其调整对象的犯罪行为进行种类划分，才能确立其规范标准。因此，笔者主张，与我国现行刑法依主体不同采用二分法对贿赂犯罪进行分类的做法不同的是，应依客体的不同采用三分法对贿赂犯罪进行分类：第一种是包括所有市场主体在商业交易中，侵害公平的市场竞争秩序的行贿受贿行为，应存在于刑法分则第三章第八节的“扰乱市场秩序罪”中。第二种包括非国家工作人员在公司、企业或者其他单位的内部管理过程中，侵害公司、企业内部管理秩序的行贿受贿行为，应存在于刑法分则第三章第三节“妨害对公司、企业管理秩序罪”中。第三种是包括国家工作人员在从事“公务”活动中，侵害国家工作人员职务行为廉洁性的行贿受贿行为，应存在于刑法分则第八章的贪污贿赂罪中。这三者共同构成了我国刑法中贿赂犯罪的完整体系。

注释：

[①]概念刑法学的观点是冯亚东教授首先提出来的，它所研究的并非条文的内容或犯罪构成的模型，而是以生活中实际存在的刑事法律关系为学科研究对象，对刑事法律关系的基本类型及各个具体关系中的诸要素进行逻辑演绎式的思辨分析，以一定程度上摆脱单一的注释局面而对若干基本概念进行研究。冯亚东教授进一步认为，概念是在注释之前形成，如果概念本身缺乏理论的说明、不具科学性和严密性，那我们无论怎样费尽心机的进行解释也难以自圆其说。参见冯亚东. 刑法学研究的层面划分[J]. 法学研究2001, (3):61.

[②]德国是西方国家中曾大规模实行过计划经济的国家，也是在二战后成功的实现了由计划经济向市场经济转型的国家，其在经济转轨过程中发展经济和保持社会稳定的经验对我国有重大参考价值，故笔者采用了德国《反不正当竞争法》中有关“商业交易”的规定作为参考。

[③]随机客体是指在某一具体犯罪侵犯的复杂客体中由于某种机遇而出现的客体，也称随意客体、选择客体。随机客体也属于复杂客体的一种，但与主要客体、次要客体不同的是，主要客体、次要客体是某些犯罪的必备要件，而随机客体只是选择要件，它只影响量刑，不影响定罪。参见高铭暄、马克昌. 刑法学[M]. 北京:北京大学出版社、高等教育出版社, 2000. 60.

参考文献：

- [1] 参见童德华. 完善反商业贿赂犯罪立法之思考[J]. 山东警察学院学报, 2006, (3).
- [2] 参见蒋安杰、李立. 反商业贿赂三人谈[N]. 法制日报, 2006-8-31(9).
- [3] 参见张翔飞. 商业受贿罪研究[J]. 现代法学, 1997, (6).
- [4] [15]刘远. 商业贿赂犯罪的概念与立法[J]. 华东政法学院学报, 2006, (5).

- [5] 冯亚东. 刑法学研究的层面划分[J]. 法学研究, 2001, (3).
- [6] 参见龚培华. 商业贿赂犯罪研究[J]. 法学, 2006, (7).
- [7] 参见程宝库. 商业贿赂—社会危害及其治理[M]. 北京: 法律出版社, 2006. 4.
- [8] 参见邵建东. 德国反不正当竞争法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2001. 40-41.
- [9] 参见王振川. 关于治理商业贿赂的若干问题[J]. 中国法学, 2006, (4).
- [10] 林山田. 经济犯罪与经济刑法[M]. 台湾: 台湾三民书局, 1982. 171.
- [11] 阮传胜. 建议设立公司、企业、其他组织人员受贿罪[J]. 法学, 2003, (10).
- [12] 参见刘峥. 商业贿赂犯罪立法缺陷探析[J]. 法律适用, 1998, (4); 刘远. 商业贿赂犯罪的概念与立法[J]. 华东政法学院学报, 2006, (5).
- [13] 参见李洁. 受贿罪法条解释与评析[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2003, (5): 91-92.
- [14] (美) E·博登海默. 法理学: 法哲学与法律方法[M]. 邓正来译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 505.
- [16] 参见王作富. 刑法分则实务研究[M]. 北京: 中国方正出版社, 2003. 863.

(杨志琼, 武汉大学法学院刑法学博士研究生)

更新日期: 2007-7-3

阅读次数: 929

上篇文章: 我国私营部门内商业贿赂犯罪之立法完善

下篇文章: 反贪污受贿: 当今世界面临的共同任务

 打印 |  关闭

 TOP